FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 6 februari 1997 *

I — Inledning

1. Den fråga som har ställts till domstolen i detta mål har föranletts av bestämmelser som gäller i regionen Lombardiet i Italien. Regionen betalar för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär som utförs på sådana hem för äldre som drivs utan vinstsyfte. Innebär den omständigheten att kommersiellt drivna hem utesluts från ersättning, tillsammans med det oundgängliga faktum att de hem som drivs utan vinstsyfte nästan uteslutande är italienska, att systemet är oförenligt med artikel 52 i fördraget? Det är huvudsakligen denna fråga som ställts i en begäran om förhandsavgörande mot bakgrund av en talan som väckts av ett luxemburgskt bolag och dess italienska dotterbolag.

II — Rättslig och faktisk bakgrund

2. I italiensk rätt görs åtskillnad mellan allmän socialvård och socialvård av hälsovårdskaraktär. Enligt ett dekret av den 8 augusti 1985 [1] är den senare verksamheten direkt och huvudsakligen inriktad på att skydda medborgarnas hälsa genom friskvård, omsorg samt fysisk och psykisk rehabilitering. Detta kan omfatta intagning för vård under skyddade former av äldre, rörelsehindrade personer som inte kan vårdas i hemmet. När nödvändig hälsovård inte kan särskiljas från allmänna socialvårdstjänster, kan regionerna, inom ramen för de medel som tillhandahålls av Fondo sanitario nazionale (nationella hälso- och sjukvårdskassan, nedan kallad FSN), ingå avtal med offentliga organ eller, i brist på sådana, med privata institutioner som har lämplig personal och lämpliga resurser att tillhandahålla sådan vård. Kostnaderna delas mellan FSN och socialvårdsmyndigheterna i förhållande till hur stor del av den utförda tjänsten som utgör hälsovård och hur stor del som utgör annan typ av socialvård. [2]

3. I artikel 5.1 i Legge Regionale Lombardia (regional lag för Lombardiet) nr 1 av den 7 januari 1986 om omorganisation och plane-

* Originalspråk: engelska.

1 — Artikel 1 i *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri* (Dekret utfärdat av ordföranden för ministerrådet) av den 8 augusti 1985, antaget i enlighet med lag nr 833 av den 23 december 1978, *GURI* nr 191 av den 14 augusti 1985, s. 5727 (nedan kallat dekretet).

2 — Artikel 6 i dekretet. Lokala kommuner är ansvariga socialvårdsmyndigheter vad avser betalningen av de ordinarie kostnaderna för vistelsen på sådana hem. Se punkt 8 nedan.

ring av socialtjänsten (nedan kallad 1986 års lag) [3] fastslås, i enlighet med artikel 38 i den italienska konstitutionen, att alla personer, associationer och andra organ är fria att bedriva socialvårdsverksamhet, om inte annat följer av annan lagstiftning. Enligt artikel 50.1, 50.2 och 50.5 i 1986 års lag förutsätter driften av hem — antingen det rör sig om pensionärshem eller sjukhem — för äldre personer, och för personer som är helt eller delvis oförmögna att leva ett självständigt liv, att den provins inom vilken hemmet är beläget utfärdar tillstånd för verksamheten. Villkoren för tillstånd, som bland annat avser antalet anställda och deras kvalifikationer, tillgängliga resurser och verksamheten vid hemmet, fastställs i Piano Regionale Socio Assistenziale (regional socialtjänstplan, nedan kallad PSA). [4] I PSA fastställs även villkoren för att ingå avtal enligt artikel 18.3 i Legge Regionale Lombardia (regional lag för Lombardiet) nr 39 av den 11 april 1980 om organisationen av och verksamheten vid lokala hälso- och socialvårdsenheter (nedan kallad 1980 års lag). [5] Som svar på en av domstolens frågor har den italienska regeringen uppgivit att den PSA som för närvarande är i kraft [6] innehåller samma verksamhetsnormer (vad avser hygien, brandskydd, uppvärmning, maximala antalet boende per rum, etc.) för alla hem för äldre, men att det ställs högre krav i fråga om antalet sköterskor, läkare och sjukgymnaster i förhållande till antalet boende på hem som tar emot personer som är helt oförmögna att leva ett självständigt liv än på pensionärshem som tar emot personer som endast behöver vård till en del. Beträffande båda dessa vårdhemskategorier föreskrivs emellertid en större personalkapacitet för de hem som ingår avtal i enlighet med 1980 års lag än för de hem som står utanför försäkringssystemet.

4. Enligt artikel 12.1 och 12.2 i 1986 års lag skall PSA fastställa villkor för rätten till socialvårdstjänster. I artikeln fastslås samtidigt en princip om förtur för behövande personer och uppställs krav på att kostnader för tjänster som tillhandahålls andra personer helt eller delvis skall bäras av dessa personer själva eller av deras hemkommun. [7] Artikel 59 anger villkoren för tillgång till socialvårdstjänster. Artikel 9 ger tillgång till socialvårdstjänster för italienska medborgare och utlänningar som bor i Lombardiet samt för italienska medborgare och utlänningar som endast vistas tillfälligt i Lombardiet, som är behövande och som kräver sådan vård att de inte kan hänvisas till den egna regionen eller ursprungsstaten.

3 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* nr 2 av den 8 januari 1980, första supplementet.

4 — Artikel 50.3 i 1986 års lag.

5 — *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* nr 15 av den 11 april 1980, tredje supplementet. Detta villkor föreskrivs i artikel 50.4 i 1986 års lag samt i artikel 18.1 och 18.7 i 1980 års lag.

6 — PSA för år 1988—1990, godkänd av Consiglio Regionale della Lombardia (regionstyrelsen i Lombardiet) genom dekret nr 871 av den 23 december 1987, ändrad och utvidgad genom dekret nr V/122 av den 12 februari 1991 och dekret nr V/1425 av den 7 mars 1995.

7 — I artikel 12.3 definieras behövande personer genom hänvisning till flera olika kriterier — familjeinkomst, ett helt eller delvist vårdberoende eller risk för utslagning.

5. 1980 års lag innehåller regler om ingående av avtal med offentliga och privata organ för tillhandahållande av socialvårdstjänster, inklusive tjänster av hälsovårdskaraktär. [8] Dessa avtal ingås med lokala hälso- och socialvårdsenheter (Unità Socio-Sanitarie Locali, nedan kallade USSL).

6. I artikel 18 i 1980 års lag fastställs villkoren för USSL:s avtal med privata organ. Enligt artikel 18.2, jämförd med artikel 18.5, skall privata föreningar, stiftelser och institutioner som önskar delta i planeringen och organiseringen av USSL:s tjänster ansöka om intyg från regionen om behörighet att ingå avtal med USSL. Enligt artikel 18.3 i 1980 års lag förutsätter utfärdandet av ett sådant intyg a) att de berörda organen verkar utan vinstsyfte [9] och b) att tjänsterna, de anställdas kvalifikationer samt organisationen och verksamheten motsvarar en lämplig nivå, i enlighet med vad som föreskrivs i PSA. [10] Enligt artikel 18.10 skall avtalen ingås för högst tre år men kunna förnyas. Avtalen reglerar de ekonomiska förbindelserna med det avtalsslutande offentliga organet genom regler om ersättning för varje enskild tjänst på grundval av taxor som bestäms i förväg inom de ramar som har fastslagits i PSA och som i varje fall gör det möjligt att ersätta faktiska kostnader. Vidare föreskrivs i artikel 18.11 att avtalen måste göra det möjligt för de avtalsslutande myndigheterna att kontrollera kostnadsdelarna och kvaliteten av de tjänster som utförs i enlighet med avtalen.

7. Av de totalt 430 hemmen för äldre har 425 ingått avtal med de olika USSL i regionen Lombardiet. [11] Av tillgängliga platser på hemmen tillhandahålls 95 procent av anslutna hem (14,5 procent i den offentliga sektorn, resten i privata försäkringsanslutna hem). [12]

8. Regionen finansierar kostnaderna för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär (det vill säga personalkostnaderna) i anslutna hem upp till ett maximalt ersättningsbelopp om 50 000 LIT per dag för varje helt vårdberoende boende, oavsett de boendes ekonomiska behov. Äldre boende som anses vara behövande omfattas å andra sidan av ett separat socialtjänstsystem och deras kostnader för att bo på hemmen ersätts helt eller delvist av

8 — Legge Regionale Lombardia nr 833 av den 3 december 1978 innehåller regler som uteslutande rör hälso- och sjukvård.

9 — I den PSA som för närvarande är i kraft definieras organ utan vinstsyfte som organ vilka enligt sina stadgar inte har målsättningar av ekonomisk karaktär eller inte fördelar sina vinster bland aktieägare eller medlemmar.

10 — Enligt artikel 18.9 i 1980 års lag medför avtalen skyldighet för de avtalsslutande organen att tillhandahålla tjänster åt de befolkningsgrupper som anges i avtalen och att utforma förfarandena för patientupptagning i linje med de förfaranden som fastställts för motsvarande offentliga institutioner och tjänster.

11 — Dessa siffror har uppgivits av sökandena i målet vid den nationella domstolen och är hämtade ur *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia* av den 12 januari 1995, tredje extrasupplementet.

12 — Dessa siffror har uppgivits av sökandena i målet vid den nationella domstolen och är hämtade ur *Progetto Obbiettivo Anziani Regione Lombardia*, godkänd genom regionalrådets dekret nr 48808 av den 1 mars 1994.

deras kommuner, beroende på tillgängliga resurser, oavsett om hemmen i fråga har ingått avtal med de behöriga USSL-organen eller inte. [13] Sökandena i målet vid den nationella domstolen har hävdat att de hälsovårdsrelaterade kostnaderna för hem för äldre personer som är oförmögna att leva ett självständigt liv — kostnader som finansieras av regionen när det gäller försäkringsanslutna hem — uppgår till cirka en tredjedel av de totala kostnaderna. [14]

9. Sodemare SA är ett luxemburgskt bolag som är enda aktieägare i det italienska bolaget Anni Azzurri Holding SpA, som i sin tur innehar samtliga aktier i ett antal bolag som driver hem för äldre, av vilka ett bolag är Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl. Sistnämnda bolag erhöll tillstånd från ordföranden för provinsen Brescia att driva vårdhem för personer som är oförmögna att bo själva. [15] Den 29 april 1993 ansökte bolaget hos regionstyrelsen i Lombardiet om rätt att ingå avtal med det berörda USSL-organet. Regionstyrelsen avslog denna ansökan den 3 december 1993, efter ett avstyrkande utlåtande från USSL, på den grunden att bolaget inte uppfyllde villkoret om avsaknad av vinstsyfte i artikel 18.3 a i 1980 års lag. [16] Beläggningen på de tre vårdhem som Sodemare SA och dess dotterbolag driver i Lombardiet uppgår till 45 procent (för Residenze Anni Azzurri Rezzato Srl), 60 procent och 80 procent. På deras hem i grannregionen Piemonte, där offentliga bidrag kan erhållas för socialvård av hälsovårdskaraktär, uppgår beläggningen till 90 procent, medan beläggningen på försäkringsanslutna hem i regionen Lombardiet uppgick till 97,4 procent år 1995. I Lombardiet finns också väntelistor för platser på försäkringsanslutna hem. Sökandena har som svar på domstolens fråga uppgivit att två procent av deras boende kommer från andra länder än Italien och i regel vistas på hemmen under perioder på mellan ett och tre år. Cirka tio procent av det betydligt större antal förfrågningar som tas emot varje år kommer från personer i andra medlemsstater. Under det muntliga förfarandet har sökandenas ombud uppgivit att en medborgare i en annan medlemsstat än Italien hade bott på ett av deras hem under en kortare konvalescensperiod och att de har fått ett visst antal förfrågningar om sådana kortare vistelser.

10. De tre ovan nämnda bolagen har väckt talan mot regionen Lombardiet vid Tribunale

13 — Italien har lämnat dessa uppgifter som svar på en fråga från domstolen.

14 — Denna beräkning grundas på en extrapolation från den genomsnittliga dagskostnaden för vård på hemmet, uträknad av ISTAT, och FSN:s årliga utgifter för hälsovårdssubventioner till vårdhem. Den del av de totala kostnaderna som utgörs av hälsovårdsrelaterade utgifter, beräknade på denna grund, är större än en tredjedel i Lombardiets fall.

15 — Dekret nr 782/20/92 av den 3 december 1992, antaget i enlighet med artikel 50 i 1986 års lag.

16 — Lombardiets regionstyrelses beslut nr 2157 av den 3 december 1993; USSL:s avstyrkande utlåtande nr 41 meddelat genom förklaring nr 1976 av den 7 september 1993.

Regionale per la Lombardia (nedan kallad den nationella domstolen) och yrkat att beslutet och det avstyrkande utlåtandet skall upphävas samt att den nationella domstolen skall fastställa att artikel 18.3 a i 1980 års lag inte är tillämplig. Fédération des maisons de repos privées de Belgique ASBL (Femarbel) har intervenerat till stöd för sökandena.

11. Den nationella domstolen har förklarat målet vilande genom beslut av den 2 mars 1995 och vänt sig till EG-domstolen med en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskaperna (nedan kallat fördraget). I sitt beslut har den nationella domstolen angivit att sökandena är ekonomiskt verksamma, men att de verkar under sin faktiska kapacitet. Beläggningen på hemmen är låg. Bolagens omsättning, som i huvudsak består av boendeavgifter som betalas av gästerna, är långt ifrån optimal. Den nationella domstolen har vidare påpekat att artikel 18 i 1980 års lag medför att det huvudsakligen är förbehållet bolag utan vinstsyfte att tillhandahålla ifrågavarande socialvårdstjänster (det vill säga tjänster av hälsovårdskaraktär). [17] Slutligen har den nationella domstolen framhållit att "det faktum att det är förbehållet dessa bolag att finansieras med allmänna medel får till följd att personer som utnyttjar tjänster som erbjuds av ett bolag med vinstsyfte får bära kostnader som de skulle slippa om de erhöll samma tjänst från ett bolag utan vinstsyfte".

17 — Denna uppfattning kommer till starkare uttryck i den andra frågan, i vilken det talas om en hel kategori av tjänster som är förbehållna bolag som verkar utan vinstsyfte.

12. Den nationella domstolen har ställt följande frågor till EG-domstolen:

"1) Skall en nationell bestämmelse som helt saknar motivering, trots att den rör ett förhållande som omfattas av gemenskapsfördragens 'tillämpningsområde', anses strida mot gemenskapsrätten med tillämpning av artikel 190 i EEG-fördraget, och leder det till att bestämmelsen inte skall tillämpas av den nationella domstolen i de fall — till vilka det aktuella fallet förefaller att höra — då den nationella bestämmelsen skapar en tvetydig faktisk situation, eftersom berörda personer lämnas i osäkerhet om vilka möjligheter de har att åberopa gemenskapsrätten.

(Det rör sig om de fall i vilka en medlemsstat har 'skyldighet' [vilket enligt Italiens Corte Costituzionale är en 'precis skyldighet', se Corte Costituzionales dom nr 389 av den (4 juli) 11 juli 1989, punkt 4 sista stycket i domskälen] att i den egna rättsordningen avskaffa bestämmelser som är oförenliga med gemenskapsrätten [se, angående skyldigheten att avskaffa sådana regler, EG-domstolens dom av den 24 mars 1988 i mål 104/86, kommissionen mot Italien, Rec. 1988, s. 1799]. Denna skyldighet har fastslagits av domstolen vid 'flera tillfällen'.)

2) Skall en nationell bestämmelse, enligt vilken det (utan motivering) är förbehållet 'bolag' utan vinstsyfte att utföra en hel kategori av tjänster som även ekonomiskt är av stor betydelse, anses strida mot artikel 58 i EEG-fördraget i den mån som det i förstnämnda bestämmelse görs en klar åtskillnad mellan bolag med vinstsyfte och bolag utan vinstsyfte?

3) Utgör artiklarna 52, 58 och 59 i fördraget hinder för nationella bestämmelser som försvårar utövandet av affärsverksamhet genom att ett företag i en medlemsstat som med stöd av fördraget önskar etablera sig i en annan medlemsstat tvingas välja mellan att driva denna verksamhet i icke ekonomisk form, och i så fall anta en lagstadgad juridisk form som inte överensstämmer med den form som krävs för etablering, eller — om företaget avser att driva sin verksamhet i ekonomisk form — påta sig kostnaderna för de tjänster som skulle ha bekostats av den offentliga sjukvården?

4) Utgör artikel 59 i fördraget hinder för nationella bestämmelser som, i enlighet med de förfaranden som fastställs i den inhemska rättsordningen, innebär att mottagarna av sociala tjänster — som enligt denna rättsordning har rätt att välja vem som skall utföra dessa tjänster — uteslutande hänvisas till företag som enbart på grund av sin juridiska form erhåller ersättning från staten för kostnaderna för den hälsovård som alla godkända företag är skyldiga att tillhandahålla, och som därmed får till verkan dels att efterfrågan på tjänster kanaliseras till ett visst utbud, dels att tjänstemottagaren berövas faktisk valfrihet.

5) Utgör artiklarna 3 f [18], 5, 85 och 86 i fördraget, eventuellt jämförda med artikel 90, hinder för den berörda lagstiftning som genom den mekanism som har fastställts i den inhemska rättsordningen tillåter att

a) endast bolag med en viss juridisk form kan, utan kostnader för företaget, erbjuda tjänster som kompletterar de tjänster som företaget utför mot betalning,

b) dessa bolag kan uppträda på marknaden som en företagskategori som kännetecknas av samma kvalitativa och kvantitativa egenskaper och som tjänstemottagarna därmed uppfattar som en enhetlig grupp,

18 — Artikel 3 f i EEG-fördraget är nu artikel 3 g i EG-fördraget.

c) efterfrågan på tjänster i sektorn för äldrevård kanaliseras till de företag som avses under b,

d) företagen åläggs en skyldighet att på egen bekostnad tillhandahålla tjänster som kompletterar de tjänster som företagen utför mot betalning,

och som får till följd att

e) det ingås avtal som har till verkan att utomstående företag åläggs skyldigheten att på egen bekostnad tillhandahålla tjänster som kompletterar deras erbjudna tjänster, och att kostnaderna övervältras på tjänstemottagarna,

f) det blir nödvändigt att på tjänstemottagarna överföra den ekonomiska bördan för sådana tjänster som är gratis när tjänstemottagaren vänder sig till företag som omfattas av avtalet?"

III — Yttranden i målet

13. Skriftliga yttranden har inkommit från sökandena vid den nationella domstolen, Femarbel, den italienska och den nederländska regeringen samt kommissionen. Muntliga yttranden har avgivits av sökandena, den italienska regeringen och kommissionen.

IV — Bedömning

14. Jag skall först behandla den italienska regeringens invändning att begäran om förhandsavgörande bör avvisas. Därefter kommer jag att gå igenom den nationella domstolens frågor i den ordning som anges ovan. Den andra och den tredje frågan kommer dock att behandlas tillsammans, av nedan angivna skäl.

A — *Huruvida vissa frågor i begäran om förhandsavgörande skall avvisas*

15. Den italienska regeringen har anfört att den tredje, den fjärde och den femte frågan skall avvisas, eftersom den nationella domstolen endast har framfört ytliga skäl (vad avser den tredje och den fjärde frågan) eller inga skäl alls (vad avser den femte frågan) för sin begäran om förhandsavgörande, och i stället har hänvisat till parternas påståenden i målet vid den nationella domstolen, vilka inte har återgivits i beslutet om hänskjutande. Regeringen anser att detta hindrar medlemsstaterna från att komma med synpunkter. [19] Jag kan inte ansluta mig till detta

19 — Se dom av den 1 april 1982 i förenade målen 141/81, 142/81 och 143/81, Holdijk m. fl. (Rec. 1982, s. 1299), punkt 6.

argument. Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan av skäl som liknar dem som ligger till grund för den andra frågan, då den önskar besked om huruvida den omständigheten att bolag utan vinstsyfte beviljas förmåner utgör ett hinder för etableringen av kommersiella bolag. Den nationella domstolen har i beslutet om hänskjutande förklarat att den fjärde frågan avser potentiella gäster som är etablerade i andra medlemsstater och vars val av vårdhem kanske kanaliseras till ett visst utbud genom att de som väljer ett kommersiellt bolag får bära en större ekonomisk börda. Även om den nationella domstolen inte har framfört ytterligare något uttryckligt skäl för den femte frågan, framgår det klart av de förutsättningar som anges i frågan i sig, sedd mot bakgrund av omständigheterna i målet, att den nationella domstolen önskar få klarhet i huruvida gemenskapens konkurrensregler kan tillämpas på det beskrivna fallet.

B — *Den första frågan*

16. Av beslutet om hänskjutande framgår uppenbart att denna fråga rör nationella lagstiftningsåtgärder och i synnerhet bestämmelserna i 1980 års lag. [20] Sökandena vid den nationella domstolen, den italienska regeringen och kommissionen har alla hävdat att medlemsstaterna inte är skyldiga att motivera rättsakter som påverkar utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten, annat än vid beslut av enskild giltighet. Sökandena har dock hävdat att bestämmelserna i 1980 års lag utgör ett sådant beslut, eftersom de i själva verket inte är riktade till bolag i allmänhet utan till ett begränsat antal personer som driver hem för äldre. De har till stöd för sitt påstående åberopat en analogisk tolkning av artikel 173 fjärde stycket i fördraget.

17. Skyldigheten att motivera nationella beslut som påverkar utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten är inte resultatet av en extensiv tolkning av artikel 190 i fördraget utan följer av den allmänna gemenskapsrättsliga princip som bygger på medlemsstaternas konstitutionella traditioner och som innebär att enskilda i dylika fall skall ha möjlighet att väcka talan vid domstol. [21]

18. Det är viktigt att göra åtskillnad mellan allmängiltiga lagstiftningsåtgärder och verkställighetsbeslut som påverkar enskilda. Ett krav på att varje form av nationell lagstiftning som skulle kunna påverka utövandet av

20 — Uttrycket nationella lagstiftningsåtgärder skall i detta förslag till avgörande anses omfatta åtgärder som vidtas av behöriga offentliga myndigheter på lägre nivå än det statliga planet, exempelvis regionala, provinsiella eller lokala myndigheter.

21 — Se dom av den 15 oktober 1987 i mål 222/86, Heylens m. fl. (Rec. 1987, s. 4097), punkt 14— 17. Se även dom av den 19 mars 1991 i mål C-249/88, kommissionen mot Belgien (Rec. 1991, s. I-1275), punkt 25, av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou (Rec. 1991, s. I-2357), punkt 22, och av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus (Rec. 1993, s. I-1663), punkt 40.

de rättigheter som följer av gemenskapsrätten skall motiveras vid den tidpunkt då den antas skulle enligt min mening utgöra ett obefogat och onödigt inkräktande på medlemsstatens behörighet. Frågan om gemenskapsrätten har åsidosatts genom nationella lagstiftningsåtgärder skall bedömas mot bakgrund av objektiva kriterier. Ingenting visar att detta synsätt leder till ett mindre effektivt domstolsskydd.

C — *Den andra och den tredje frågan*

Huruvida artikel 58 i fördraget är relevant

19. 1980 års lag är inte ett beslut av enskild giltighet. Den kategori av personer som driver hem för äldre i regionen Lombardiet är en öppen kategori. [22] Det aktuella målet rör nämligen i huvudsak villkoren för tillträde vad avser den kategori av potentiella medlemmar som redan är etablerade i andra medlemsstater.

20. Jag anser därför att medlemsstaterna inte är skyldiga att ange skälen till varför de antar allmängiltiga rättsakter, även om dessa rättsakter skulle kunna påverka utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

21. För att avgöra hur dessa frågor skall angripas är det nödvändigt att klargöra innebörden av artikel 58 i fördraget, som är den enda bestämmelse som åberopas i den andra frågan och som även nämns i den tredje frågan. Enligt min uppfattning hänför sig artikel 58 endast till den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för avdelning III kapitel 2 i fördraget. Dess funktion är att vid tillämpningen av kapitlet om etableringsfrihet likställa bolag och andra juridiska personer, med undantag för sådana som inte drivs i vinstsyfte, (nedan kallade kommersiella bolag) med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna. [23] De bolag och andra juridiska personer som inte drivs i vinstsyfte omfattas således inte av etableringsfriheten. Artikel 58 påverkar inte det materiella tillämpningsområdet för denna frihet. Omständigheterna i detta mål kan tas som exempel på att nationella regler genom vilka bolag utan vinstsyfte behandlas annorlunda än fysiska personer eller kommersiella bolag inte kan uteslutas från tillämpningsområdet för avdelning III kapitel 2 enbart på grundval av artikel 58, om de har till verkan att begränsa etableringsfriheten för dessa fysiska personer och kommersiella bolag. Om så inte vore fallet, skulle det enkla

22 — Se artikel 5.1 i 1986 års lag, som är grundad på artikel 38 i den italienska grundlagen. Se, beträffande skillnaden mellan öppna och slutna kategorier i samband med artikel 173 i fördraget, till exempel dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen (Rec. 1963, s. 197), och av den 7 december 1993 i mål 6/92, Federmineraria m. fl. mot kommissionen (Rec. 1993, s. I-6357).

23 — Se dom av den 6 november 1984 i mål 182/83, Fearon (Rec. 1984, s. 3677), punkt 8.

faktum att en kategori av fysiska personer utesluts från de rättigheter som följer av fördraget kunna påverka omfattningen av de rättigheter som faktiskt tillkommer andra kategorier. I förevarande mål ger artikel 58 inte upphov till några materiella rättigheter som skiljer sig från dem som tryggas genom andra bestämmelser i kapitel 2, särskilt genom artikel 52. I denna del av min bedömning kommer jag därför att uteslutande inrikta mig på att besvara den tredje frågan.

Huruvida artikel 59 i fördraget är relevant

22. Den tredje frågan hänför sig till artiklarna 52, 58 och 59 i fördraget. Ett företags eller en egenföretagares etablering i en medlemsstat skall bedömas mot bakgrund av hur stadigvarande deras verksamhet är, jämfört med vad som är fallet för en person som tillhandahåller tjänster och som flyttar till en annan medlemsstat för att där endast tillfälligt bedriva sin verksamhet. Etablering kännetecknas av att ett företag eller en egenföretagare stadigvarande och kontinuerligt deltar i näringslivet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten. [24] Det står därför klart att Sodemare och dess dotterbolag, i den mån som de bedriver ekonomisk verksamhet genom att permanent och kontinuerligt driva hem för äldre i Lombardiet, måste anses ha utövat sin etableringsfrihet där snarare än att tillfälligt ha tillhandahållit tjänster i Lombardiet från en annan medlemsstat, såsom Luxemburg. Jag kommer således endast att beakta artikel 52—58 i fördraget för att besvara denna fråga. Möjligheten att tillämpa artikel 59 i fördraget på Sodemares förhållande till sina boende och potentiella boende från andra medlemsstater än Italien kommer att undersökas inom ramen för den fjärde frågan. [25]

Socialtjänstsystemen och fördraget

23. Innan jag går vidare är det nödvändigt att undersöka om det försäkringssystem som gäller i Lombardiet faller utanför tillämpningsområdet för ovannämnda bestämmelser i fördraget, eftersom det utgör en del av ett socialtjänstsystem. Såväl den italienska som den nederländska regeringen har åberopat domstolens dom i målen Poucet och Pistre. [26] Den nederländska regeringen har särskilt framhållit att domstolens dom i målet Duphar m. fl. [27] bekräftar principen att gemenskapsrätten inte påverkar medlemsstaternas behörighet att utforma sina sociala trygghetssystem.

24. I domen i målet Höfner och Elser [28] förklarade domstolen att inom ramen för

24 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard (REG 1995, s. I-4165), punkt 25—27.

25 — Se nedan punkt 43.

26 — Dom av den 17 februari 1993 i förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet och Pistre (Rec. 1993, s. I-637).

27 — Dom av den 7 februari 1984 i mål 238/82, Duphar m. fl. (Rec. 1984, s. 523).

28 — Dom av den 23 april 1991 i mål 41/90, Höfner och Elser (Rec. 1990, s. I-1979), punkt 21.

konkurrensrätten skall begreppet företag omfatta varje enhet som bedriver en ekonomisk verksamhet, oberoende av enhetens rättsliga ställning och det sätt på vilket den finansieras. I målen Poucet och Pistre hade två statligt styrda organ utan vinstsyfte krävt betalning av obligatoriska avgifter till de socialförsäkringssystem som de var för sig förvaltade. De båda enskilda personer som var i fråga bestridde sagda krav på den grunden att respektive system stred mot gemenskapens konkurrensrätt och gjorde gällande rätten att teckna en likvärdig privat försäkring. Domstolen hänvisade emellertid än en gång till den princip som fastslagits i domen i målet Duphar och fann att organen inte bedrev ekonomisk verksamhet. Systemet med obligatoriska avgifter ansågs nödvändigt för att upprätthålla solidaritetsprincipen och den uteslutande sociala funktion som dessa system skulle fylla. Detta innebar i det ena fallet en omfördelning av inkomst och i det andra fallet finansiering av de pensionerade arbetstagarnas pensioner genom avgifter betalade av verksamma arbetstagare. Det förelåg dessutom solidaritet mellan de båda systemen, eftersom överskott vid behov överfördes från det ena systemet till det andra. Systemens faktiska förvaltning, i fråga om nivåerna för avgifter och förmåner, var reglerad i detalj genom lag. [29]

25. Även om domen i de förenade målen Poucet och Pistre uttryckligen rörde konkurrensregler, står det klart att slutsatserna i denna dom kan tillämpas i vidare omfattning. I domen i målet García m. fl. [30] följde domstolen generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande och fastslog att tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring [31] inte kunde tillämpas på området för social trygghet, eftersom direktivet hade antagits på "grundval av bestämmelser i fördraget som avser genomförandet av såväl etableringsfriheten som friheten att tillhandahålla tjänster (artiklarna 57.2 och 66), medan området för social trygghet fortfarande regleras genom andra särskilda bestämmelser". [32]

26. Solidaritetsprincipen spelade en väsentlig roll i dessa båda mål. I kontrast till domen i de förenade målen Poucet och Pistre fann domstolen i en annan dom att ett organ utan vinstsyfte som förvaltade ett system för frivillig, om än lagstadgad, tilläggspensionsförsäkring för egenföretagare inom jordbrukssektorn, där inslaget av solidaritet var ytterst begränsat, bedrev ekonomisk verksamhet i konkurrens med livförsäkringsbolag. [33]

27. Medlemsstaterna är således fria att utforma sina socialtjänstsystem, och "det förhållandet att omkostnaderna vid läkarbe-

29 — I punkt 62—64 i förslaget till avgörande inför dom av den 14 december 1995 i förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och Van Veen (REG 1995, s. I-4705), har generaladvokaten Jacobs tillämpat lösningen i domen i målet Poucet och Pistre på ett helt annorlunda system. Domstolen tog inte ställning till denna fråga i domen.

30 — Dom av den 26 mars 1996 i mål C-238/94, García m. fl. (REG 1996, s. I-1673), punkt 13.

31 — Rådets direktiv 92/49/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring samt om ändring av direktiv 73/239/EEG och 88/357/EEG (tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring) (EGT L 228, s. 1).

32 — Punkt 9 i förslaget till avgörande.

33 — Dom av den 16 november 1995 i mål C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance m. fl. (REG 1995, s. I-4013).

handling inte täcks av konsumenterna utan av socialförsäkringsorgan", vilka följaktligen i stor utsträckning bestämmer villkoren för läkemedelsförsäljning, "kan inte *i sig* betraktas som en begränsning av den importfrihet som garanteras av artikel 30 i fördraget, *om vissa villkor är uppfyllda*". [34]

28. Den omständigheten att medlemsstaternas socialtjänstsystem är uppbyggda enligt solidaritetsprincipen innebär dock inte att de tillåts vara oförenliga med fördraget. Medlemsstaterna får inte diskriminera import när de bestämmer vilka läkemedel som skall omfattas av kostnadsersättning. [35] På samma sätt måste regler om sådana villkor som skall uppfyllas av laboratorier som önskar ersättning för kostnaderna för kliniska analyser [36] eller av bolag som vill inkomma med anbud om leverans av datasystem till offentliga myndigheter, [37] däribland det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet, utesluta all diskriminering på grund av nationalitet. Detsamma gäller tillämpningsföreskrifterna för sådana system. [38] Föreskrifter om tillämpningen av nationella system för social trygghet får inte, vare sig de gäller avgifter eller förmåner, medföra diskriminering på grund av nationalitet, i den mån de påverkar utövandet av rättigheter som följer av gemenskapsrätten, [39] eller begränsa den fria rörligheten. [40]

29. Av dessa mycket olika fall i rättspraxis kan vissa allmänna slutsatser dras beträffande tillämpningen av artikel 52 i fördraget. För det första kan de sociala trygghetssystem som medlemsstaterna har upprättat på grundval av solidaritetsprincipen inte i sig anses utgöra en ekonomisk verksamhet, varför en i dessa system inbyggd begränsning av den fria rörligheten för varor, tjänster eller

34 — Dom i ovannämnda målet Duphar, punkterna 16 och 21, *min kursivering*. Av liknande skäl har domstolen fastslagit att kurser som ges inom ramen för det nationella utbildningssystem som en medlemsstat upprättar och understödjer för att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningsmässiga förpliktelser gentemot den egna befolkningen, och inte för vinstens skull, och som finansieras med offentliga medel och inte av eleverna eller deras föräldrar, inte kan anses vara tjänster i den mening som avses i artikel 59 i fördraget. Se dom av den 27 september 1988 i mål 263/86, Humbel (Rec. 1988, s. 5365), punkt 17—20, och av den 7 december 1993 i mål C-109/92, Wirth (Rec. 1993, s. I-6447), punkt 15.

35 — Domen i målet Duphar m. fl. (ovan fotnot 27), punkterna 16 och 21, och i mål C-249/88, kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 21), punkt 31.

36 — Dom av den 12 februari 1987 i mål 221/85, kommissionen mot Belgien (Rec. 1987, s. 719), punkt 9—11.

37 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (Rec. 1989, s. 4035), punkterna 2 och 9.

38 — Dom av den 3 juni 1986 i mål 307/84, kommissionen mot Frankrike (Rec. 1986, s. 1725), angående vårdpersonal i den offentliga hälso- och sjukvården, och dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg (REG 1996, s. I-3207), angående anställning i offentlig tjänst med avseende på undervisning samt hälso- och sjukvård.

39 — Se dom av den 14 januari 1988 i mål 63/86, kommissionen mot Italien (Rec. 1988, s. 29), och av den 14 november 1995 i mål C-484/93, Svensson och Gustavsson (REG 1995, s. I-3955), angående beviljande av bostadsbidrag, samt dom av den 2 februari 1989 i mål 186/87, Cowan (Rec. 1989, s. 195), angående statlig ersättning till brottsoffer. I dessa tre mål hade de offentliga myndigheterna, utan framgång, till sitt försvar åberopat den berörda lagstiftningens sociala syfte och det faktum att den grundats på solidaritetsprincipen (Se punkterna 11, 13 och 16 i respektive dom).

40 — I artikel 51 i fördraget föreskrivs detta villkor specifikt för fri rörlighet för arbetstagare, men domstolen har även tillämpat den i fråga om etableringsfrihet. Se dom av den 10 juli 1986 i mål 79/85, Segers (Rec. 1986, s. 2375), punkt 17, av den 7 juli 1988 i mål 143/87, Stanton (Rec. 1988, s. 3877), och av den 7 juli 1988 i mål 154/87 och 155/87, Wolf m. fl. (Rec. 1988, s. 3897). I punkt 10 i de båda sistnämnda domarna har domstolen förklarat att även om medlemsstaterna behåller sin behörighet att lagstifta på området för social trygghet för egenföretagare, i avsaknad av gemenskapslagstiftning, är de inte desto mindre skyldiga att iaktta det i artikel 52 i fördraget föreskrivna kravet på avveckling av inskränkningar i etableringsfriheten.

personer inte alltid medför tillämpning av fördragets bestämmelser. Med social solidaritet avses en handling som till sin natur är sådan att den inte syftar till vinst utan innebär att en social grupp ofrivilligt understöder en annan grupp. Det är mer troligt att de regler som har nära anknytning till finansieringen av sådana system faller utanför tillämpningsområdet för fördragets bestämmelser om etablering och tjänster. En eftersträvan att uppnå sociala mål på grundval av solidaritetsprincipen kan således föranleda medlemsstaterna att helt eller delvis utestänga privata näringsidkare från verksamhet som omfattas av de sociala trygghetssystemen.

30. För det andra kan förbindelserna mellan sådana sociala trygghetssystem och andra personer, som exempelvis tillhandahåller varor eller tjänster, ändå vara av ekonomisk natur. Det är ett gemenskapsrättsligt krav att sådana system skall vara förenliga med reglerna i fördraget, i den mån som de påverkar andras ekonomiska verksamhet på ett sätt som inte är oumbärligt för att de sociala målen skall uppnås. De fall som anges ovan i punkt 28 rörde tillämpningsföreskrifter som var sådana att de kunde omfattas av fördragets regler om fri rörlighet utan att detta minskade systemets effektivitet. I den mån som medlemsstaterna låter privata näringsidkare delta i sina sociala trygghetssystem, låter vissa tjänster utföras på entreprenad av näringsidkare eller subventionerar verksamhet av social natur som utövas av näringsidkare, måste de i princip iaktta reglerna i fördraget och i synnerhet reglerna om etableringsfrihet.

31. Enligt min uppfattning är reglerna i fördraget tillämpliga på omständigheterna i förevarande mål. De kostnader som förorsakas försäkringsanslutna hem som tillhandahåller socialvård av hälsovårdskaraktär ersätts med allmänna medel, i enlighet med allmänhetens solidaritet med äldre samhällsmedlemmar. Till skillnad från vad som var fallet i de förenade målen Poucet och Pistre skulle det dock varken påverka finansieringen av detta inslag i systemet för social trygghet eller den vårdstandard som formellt krävs av försäkringsanslutna hem, om reglerna om behörighet att ingå avtal med USSL omfattades av fördragsbestämmelserna om etablering. Tillståndet att driva vårdhem förutsätter att hemmet uppfyller vissa normer i fråga om vård, utrustning och personal som fastställs av de offentliga myndigheterna, oberoende av om ägaren verkar i vinstsyfte eller inte. Detta påverkas inte av det faktum att det ställs strängare krav på försäkringsanslutna hem. Bortsett från att de är skyldiga att uppfylla dessa grundläggande normer, drivs försäkringsanslutna hem som inte tillhör den offentliga sektorn i egentlig mening på ett oberoende sätt. Det bör dessutom påpekas att hälsovården endast utgör en del av verksamheten vid dessa hem. De sidor av verksamheten som rör själva boendet omfattas som sagt av ett annat, resursbaserat, socialtjänstsystem, med det resultatet att de boende på försäkringsanslutna hem som inte är vårdbehövande måste bära hela

kostnaden för de tjänster som ingår i boendet.

Huruvida det föreligger diskriminering

32. Jag kommer nu att undersöka om det faktum att rätten att ingå avtal med USSL om tillhandahållande av socialvård av hälsovårdskaraktär har förbehållits privata organ utan vinstsyfte, i enlighet med artikel 18.3 i 1980 års lag, utgör diskriminering på grund av nationalitet och strider mot etableringsfriheten. Bestämmelsen har en neutral lydelse, då det varken hänvisas till nationalitet eller (i fråga om bolag) säte [41] vad avser ägarna till försäkringsanslutna hem. Principen om likabehandling, som i artikel 52 avser ett specifikt område, förbjuder dock inte enbart öppen diskriminering på grund av nationalitet utan all form av förtäckt diskriminering som, genom tillämpning av andra kriterier för åtskillnad, i praktiken leder till samma resultat. [42] Domstolen har vid flera tillfällen förklarat att artiklarna 48, 52 och 59 i fördraget vilar på samma principer i fråga om förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, och jag önskar hänvisa till befintlig rättspraxis på alla dessa områden för att fastställa vad som menas med förtäckt eller indirekt diskriminering. [43]

33. I domen i målet O'Flynn [44] hade domstolen tillfälle att bedöma de olika typer av faktiska omständigheter som hade givit upphov till den rättspraxis i vilken det fastslagits att det förekom indirekt diskriminering av arbetstagare på grund av nationalitet:

"18. Såsom indirekt diskriminerande skall därför sådana villkor anses som visserligen gäller oberoende av medborgarskapet, men som väsentligen [45] eller till större delen [46] drabbar migrerande arbetstagare samt sådana villkor som gäller utan åtskillnad, men som lättare kan uppfyllas av arbetstagare som är medborgare i landet än av migrerande arbetstagare. [47] Såsom indirekt diskriminerande skall även sådana villkor anses som innebär en risk för att nackdelar skall uppkomma för migrerande arbetstagare. [48]

41 — Även om begreppet bolagssäte i de flesta fall anger bolagets "nationalitet", är det under vissa omständigheter mer ägnat att likställas med fysiska personers hemvist, vilket kan utgöra en befogad grund för åtskillnad inom exempelvis skatteområdet. Se dom av den 28 januari 1986 i mål 270/83, kommissionen mot Frankrike (Rec. 1986, s. 273), punkterna 18 och 19.

42 — Dom av den 29 oktober 1980 i mål 22/80, Boussac (Rec. 1980, s. 3427, punkt 9), dom i ovannämnda målet 22/80, kommissionen mot Italien, punkt 8, och dom av den 12 april 1994 i mål C-1/93, Halliburton (Rec. 1994, s. I-1137), punkt 15.

43 — Dom av den 8 april 1976 i mål 48/75, Royer (Rec. 1976, s. 497), punkt 23, av den 20 maj 1992 i mål 106/91, Ramrath (Rec. 1992, s. I-3351), punkt 17, och av den 27 juni 1996 i mål 107/94, Asscher (REG 1996, s. I-3089), punkt 29.

44 — Dom av den 23 maj 1996 i mål C-237/94, O'Flynn (REG 1996, s. I-2617). Fotnoterna i följande citat utgör hänvisningar till rättspraxis i originaltexten.

45 — Se dom av den 15 januari 1986 i mål 41/84, Pinna (Rec. 1986, s. 1), punkt 24, av den 30 maj 1989 i mål 33/88, Allué och Coonan (Rec. 1989, s. 1591), punkt 12, och den 21 november 1991 i mål C-27/91, Le Manoir (Rec. 1991, s. I-5531), punkt 11.

46 — Se dom av den 17 november 1992 i mål C-279/82, kommissionen mot Förenade kungariket, (Rec. 1992, s. I-5785), punkt 42, och av den 20 oktober 1993 i mål C-272/92, Spotti (Rec. 1993, s. I-5185), punkt 18.

47 — Se dom av den 10 mars 1993 i mål C-111/91, kommissionen mot Luxemburg (Rec. 1993, s. I-817), punkt 10, och av den 4 oktober 1991 i mål C-349/87, Paraschi (Rec. 1991, s. I-4501), punkt 23.

48 — Se dom av den 8 maj 1990 i mål C-175/88, Biehl (Rec. 1990, s. I-1779), punkt 14, och av den 28 januari 1992 i mål C-204/90, Bachmann (Rec. 1992, s. I-249), punkt 9.

19. Det förhåller sig endast annorlunda om bestämmelserna grundas på objektiva hänsyn, som är oberoende av de berörda arbetstagarnas medborgarskap, och som står i proportion till det syfte som eftersträvas med de nationella bestämmelserna. [48]

20. Det framgår av denna rättspraxis i sin helhet att såvida en bestämmelse i nationell rätt inte är objektivt motiverad och står i proportion till det eftersträvade syftet, skall den anses som indirekt diskriminerande då den till sin natur innebär en risk för att migrerande arbetstagare drabbas i högre grad än arbetstagare som är medborgare i landet och följaktligen utgör en fara för att nackdelar skall uppkomma för de förra.

21. Det är i detta sammanhang inte nödvändigt att fastställa att ifrågavarande bestämmelse i praktiken drabbar en väsentligt större andel migrerande arbetstagare. Det räcker att fastställa att bestämmelsen innebär en risk för att en sådan verkan skall uppkomma. Det kan tilläggas att hänsyn inte får tas till skälen till varför en migrerande arbetstagare väljer att utnyttja sin rätt till fri rörlighet inom gemenskapen vid bedömningen av om en nationell bestämmelse är diskriminerande till sin karaktär. Förklaringen är den att möjligheten att göra gällande en så grundläggande frihet som rörligheten för personer inte får begränsas av sådana överväganden av rent subjektiv art."

34. I fråga om etablering har domstolen angivit att en lagstiftning som "riskerar ... att vara till förfång i huvudsak för medborgare i andra medlemsstater" [50] och bestämmelser "som huvudsakligen gynnar inhemska företag" kan vara diskriminerande. [51] Domstolen fann att det senare kriteriet var uppfyllt när en nationell regel gynnade en bolagstyp av övervägande inhemskt ursprung, även om inte alla inhemska bolag som verkade inom den berörda sektorn drog fördel av bestämmelsen i fråga. [52] En variation på detta tema är det fall då de gynnade inhemska företagen är koncentrerade till en del av medlemsstaten i fråga. [53] Bland de kriterier som domstolen har ansett vara potentiella källor till indirekt diskriminering ingår bland annat egenföretagares bosättningsort eller den ort där bolag utövar sin huvudsakliga verksamhet [54], statligt ägda företag [55] och innehav av examensbevis som har utfärdats i en bestämd medlemsstat och som är likvärdiga med examensbevis som utfärdats i vissa andra

49 — Se, i detta avseende, domarna i ovannämnda målen Bachmann, punkt 27, och kommissionen mot Luxemburg, punkt 12, samt dom av den 2 augusti 1993 i förenade målen C-259/91, C-331/91 och C-332/91, Allué m. fl. (Rec. 1993, s. I-4309), punkt 15.

50 — Dom i ovannämnda målet Asscher, punkt 38.

51 — Dom i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (ovan fotnot 37), punkt 9.

52 — Se dom i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (ovan fotnot 37), i vilket mål två italienska databolag som inte tillhörde den offentliga sektorn uteslöts från att ingå avtal med staten på samma sätt som utländska bolag. Se även dom av den 25 juli 1991 i mål C-353/89, kommissionen mot Nederländerna (Rec. 1991, s. I-4069), punkt 25.

53 — Dom av den 3 juni 1992 i mål C-360/89, kommissionen mot Italien (Rec. 1992, s. I-3401), punkterna 8 och 9.

54 — Dom i ovannämnda målet Halliburton och av den 13 juli 1993 i mål C-330/91, Commerzbank (Rec. 1993, s. I-4017), av den 11 augusti 1995 i mål C-80/94, Wielockx (REG 1995, s. I-2493), samt i ovannämnda målet Asscher.

55 — Dom i ovannämnda mål C-3/88, kommissionen mot Italien.

medlemsstater. [56] Det är inte själva åtskillnaden mellan kommersiella organ och organ utan vinstsyfte som är av intresse i detta fall utan snarare frågan om huruvida den gynnade typen av organ är övervägande inhemsk i förhållande till andra typer. Om en medlemsstat skulle låta en förmån eller nackdel vara förbehållen en eller flera av många olika juridiska former av affärsverksamhet bland de vida kategorierna av enheter med eller utan ställning som juridisk person, såsom kompanjonskap, offentliga och privata bolag, med eller utan begränsad ansvarighet, och detta skulle leda till att inhemsk verksamhet faktiskt gynnas, åligger det också staten att visa att särbehandlingen är objektivt befogad.

35. Den nationella domstolen har i sitt beslut om hänskjutande angivit att artikel 18 i 1980 års lag har till huvudsaklig verkan att förbehålla företag utan vinstsyfte rätten att tillhandahålla hälsovård och att verksamheten vid sökandenas vårdhem ligger långt under deras kapacitet. Enligt min uppfattning gynnar därför denna lagstiftning med nödvändighet inhemska organ. Det är riktigt att det förekommer internationella välgörenhetsorgan och att vissa av dessa kan vara verksamma inom sektorn för äldrevård, men "man bör först hjälpa sina närmaste" och den mesta välgörenhetsverksamheten på detta område äger rum på nationell, regional eller lokal nivå. Detta är förvisso fallet i Lombardiet, eftersom samtliga privata försäkringsanslutna hem drivs av organ som har sitt säte i regionen. Man kan således på goda grunder anta att andra än italienska bolag knappast är villiga att anta en juridisk form utan vinstsyfte för att kunna bedriva sin verksamhet i Lombardiet. [57] I likhet med målet O'Flynn saknas anledning att jämföra motiven för kommersiella bolag med dem för bolag utan vinstsyfte. [58] Som jag har visat saknar det också relevans att italienska kommersiella bolag hindras från att ingå kontrakt med USSL-organ i Lombardiet eller att bolag utan vinstsyfte från andra italienska regioner kanske inte är mer attraherade av att etablera sig i Lombardiet än bolag från andra medlemsstater. [59]

Huruvida det finns objektiva skillnader som gör särbehandling befogad

36. "Enligt fast rättspraxis uppkommer diskriminering när skilda regler tillämpas på jämförbara fall eller när samma regel tillämpas på skilda fall." [60] En skillnad i behandling av två kategorier av skattskyldiga "kan ...

56 — Dom av den 28 april 1977 i mål 71/76, Thieffry (Rec. 1977, s. 765). Detta framgår implicit av domstolens dom, i vilken det fastslogs att den berörda regeln begränsade etableringsfriheten, varvid domstolen i punkt 13 i domskälen citerade avdelning III b i det allmänna handlingsprogram för upphävande av begränsningar i etableringsfriheten som rådet antog den 18 december 1961 i enlighet med artikel 54 i fördraget (EGT 1962, s. 36, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå). Generaladvokaten Mayras betecknade i sitt förslag till avgörande (s. 790) uttryckligen regeln som "förtäckt diskriminering".

57 — Dessa överväganden skall noga skiljas från de argument som har framförts av sökandena i målet vid den nationella domstolen, enligt vilka den omständigheten att bolag utan vinstsyfte inte kan utnyttja etableringsfriheten innebär att varje icke-italienskt bolag som vill välja denna juridiska form utesluts från den italienska marknaden. Det tycks i själva verket som om italiensk lagstiftning inte uppställer några hinder för etablering av utländska bolag utan vinstsyfte.

58 — Se punkt 21 i domen i målet O'Flynn (ovan fotont 44).

59 — Se domarna i ovannämnda målen C-3/88, kommissionen mot Italien, och C-360/89, kommissionen mot Italien, vilka behandlas i punkt 34 ovan.

60 — Domarna i ovannämnda målen Wielockx, punkt 17, och Asscher, punkt 40.

betecknas som diskriminering i den mening som avses i fördraget, då det inte föreligger någon objektiv skillnad avseende de förhållanden som gör en skillnad i behandling befogad *i detta avseende*". [61] Även om det föreligger uppenbara skillnader mellan bolag utan vinstsyfte och kommersiella bolag, är det därför nödvändigt att fastställa om det föreligger objektiva skillnader som gör skillnaden i behandling befogad i förevarande fall. [62]

37. Vad beträffar tillhandahållandet av socialvård av hälsovårdskaraktär som finansieras med allmänna medel kan, enligt min mening, kommersiella bolag och bolag utan vinstsyfte fullgöra samma uppgift. De behöver båda tillstånd att driva hem för äldre enligt artikel 50 i 1986 års lag och enligt de mer detaljerade villkoren i PSA. I dessa bestämmelser anges närmare vilken standard som vård och utrustning vid hemmen skall ha, oavsett vem som äger hemmen. I motsats till vad den italienska regeringen har påstått är det utan relevans att försäkringsanslutna hem måste iaktta strängare normer i fråga om vårdpersonal. Även om ett kommersiellt bolag vore villigt att uppfylla dessa krav, skulle det sakna rätt att ingå avtal. Det är i detta fall inte fråga om objektiva skillnader mellan de berörda parterna. Skillnaden i den vårdstandard som krävs av försäkringsanslutna hem och den som krävs av hem som inte är anslutna är en följd av samma lagstiftning som ger upphov till diskrimineringen. Hälso- och sjukvårdskostnader vid de försäkringsanslutna hemmen ersätts dessutom fullt ut, med förbehåll för vissa fastställda övre gränser. Det har inte antytts att ersättningen skulle ha något samband med de ytterligare kostnader som följer av en högre personalstandard. Vad beträffar tjänster som inte avser hälsovård (det vill säga tjänster som rör boendet) föreligger ingen materiell skillnad mellan de tjänster som utförs av kommersiella bolag och de som utförs av bolag utan vinstsyfte, eftersom de är skyldiga att fullgöra samma uppgifter och iaktta samma normer samt är underkastade samma regler om ersättning vad avser boende med vårdbehov.

38. För att motivera skillnaden i behandling har den italienska regeringen åberopat social solidaritet och hänvisat till bland annat artikel 38 i den italienska konstitutionen och till

61 — Dom i ovannämnda målet Asscher, punkt 42, min kursivering. På liknande sätt kan en skattefördån som är förbehållen bolag som har sitt skattemässiga hemvist i en medlemsstat innebära att bolag som är etablerade i andra medlemsstater diskrimineras, eftersom sistnämnda bolag i regel också har sitt skattemässiga hemvist utanför den första staten, såvida det inte kan fastställas en relevant och objektiv skillnad mellan dessa båda kategorier. Se dom i ovannämnda målet Commerzbank, punkterna 15 och 16.

62 — I dom i ovannämnda mål C-353/89, kommissionen mot Nederländerna, förklarade domstolen att en nederländsk regel, enligt vilken utomstående inte tilläts att dra nytta av reklam inom ramen för de televisionsprogram från andra medlemsstater som sändes i Nederländerna, utgjorde en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom den tvingade utländska aktörer att anpassa sig efter den nederländska modellen. Domstolen påpekade därefter att "den nederländska regeringen kan, för att säkerställa den mångfald som den önskar upprätthålla, mycket väl inskränka sig till att på lämpligt sätt utarbeta stadgarna för sina egna organ" (punkt 42 i domen). Även om denna förklaring återspeglar principen att medlemsstaterna har större frihet att reglera verksamheten hos företag som är etablerade på deras territorium än verksamheten hos företag som tillhandahåller tjänster från en annan stat, vilken i sin tur kan reglera sagda verksamhet i enlighet med allmänintresset, innebär den inte att en nationell regel som gynnar en sektor utan vinstsyfte inte kan begränsa etableringsfriheten.

det utrymme för eget skön som lämnats åt regionerna och som gör det möjligt för dem att begränsa anslutningen till socialförsäkringssystemet till att omfatta sådana organ som främst eftersträvar sociala mål. De allmänna medel som utges skall således uteslutande täcka baskostnaderna för den hälsovård som tillhandahålls äldre boende på hemmen, utan att en del av resurserna avleds för att skänka vinst åt ägarna. Vid sammanträdet har den italienska regeringen hänvisat till den sociala roll som traditionellt innehades av religiösa välgörenhetsorganisationer, vilka ansågs mer hängivna i sitt fattighjälpsarbete än kommersiella bolag. Eftersom dessa organisationer verkade utan vinstsyfte, utgjorde de bidrag som lämnades av regionen en viktig inkomstkälla. I dessa organisationers fall kunde hälso- och sjukvård inte heller finansieras med vinster från andra delar av verksamheten.

39. Enligt min mening har den italienska regeringen inte lyckats visa att regionen Lombardiets beslut att utesluta kommersiellt drivna hem från ersättning för hälsovårdskostnader är befogat. Det är för det första viktigt att komma ihåg att kommersiella hem har tillstånd att tillhandahålla äldre gäster all form av boendeservice, inklusive sagda hälsovård, och att detta, såsom den italienska regeringen har framhållit, garanteras av den italienska konstitutionen. För det andra skulle de strängare normer som gäller för försäkringsanslutna hem också gälla för kommersiella hem, om dessa fick tillträde till systemet. Det finns heller ingenting som hindrar regionen från att betala en sådan ersättning till kommersiella hem att de inte kan göra någon vinst på den hälsovård som de tillhandahåller, så att de i det hänseendet försätts i samma ställning som befintliga hem utan vinstsyfte. Detta krav tycks nämligen redan vara en implicit följd av artikel 18.10 och 18.11 i 1980 års lag. Ett sådant sätt att behandla frågan skulle vara klarare och mindre inkräktande på utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten än att direkt utesluta kommersiella hem från systemet. Kommersiella hem skulle kunna fortsätta att eftersträva vinst i fråga om de aspekter av verksamheten som enbart avser boende eller sådan kompletterande hälsovård som tillhandahålls på de boendes egen bekostnad. Om slutligen kommersiella bolag gavs tillträde till försäkringssystemet, skulle det inte leda till att traditionella välgörenhetsinstitutioner utesluts från detta system.

Huruvida artikel 90.2 i fördraget är relevant

40. Det är nödvändigt att i korthet undersöka om det är möjligt att tillämpa artikel 90.2 i fördraget i ett sammanhang som rör en inskränkning av etableringsfriheten. Även om det vore möjligt att åberopa artikel 90.2 för att göra undantag från samtliga bestämmelser i fördraget, [63] skulle det enligt min

63 — Se dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen (Rec. 1991, s. I-1223), punkt 12, av den 10 december 1991 i mål C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova (Rec. 1991, s. I-5889), punkt 27, av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (Rec. 1993, s. I-2533), punkt 14, att jämföra med dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m. fl. (Rec. 1984, s. 2727), punkt 19. Generaladvokaten Cosmas har, i punkt 86—90 i det förslag till avgörande som han den 26 november 1996 föredrog i förenade målen C-157/94, C-158/94, C-159/94 och C-160/94, kommissionen mot Nederländerna, Italien, Frankrike och Spanien, undersökt denna rättspraxis och dragit slutsatsen att artikel 90.2 är tillämplig i fråga om fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor.

mening inte ändra resultatet av ovanstående bedömning. Artikel 90.2 ger möjlighet till undantag endast i den mån som en tillämpning av fördragets regler rättsligt eller i praktiken skulle hindra berörda företag från att fullgöra de särskilda uppgifter som har tilldelats dem. Jag har i punkt 31 ovan påpekat att varken finansieringen av socialvård av hälsovårdskaraktär i hem för äldre eller de formella kraven på vårdstandard skulle påverkas av att fördragets regler om etableringsfrihet tillämpades på regionen Lombardiet. I punkt 37 har jag påpekat att det inte finns någon objektiv skillnad mellan kommersiella bolag och bolag utan vinstsyfte, vad avser de uppgifter som dessa hem skall fullgöra enligt lag, som skulle kunna göra det befogat att utesluta de förra bolagen från försäkringssystemet. Mot denna bakgrund kan villkoret för tillämpning av artikel 90.2 i fördraget inte anses vara uppfyllt.

Förslag till svar på den andra och den tredje frågan

41. Mot bakgrund av ovanstående bedömning drar jag slutsatsen att det faktum att rätten att ingå avtal med USSL om tillhandahållande av socialvård av hälsovårdskaraktär har förbehållits privata organ utan vinstsyfte utgör en diskriminering på grund av nationalitet och därför strider mot etableringsfriheten.

D — *Den fjärde frågan*

42. För att besvara den fjärde frågan är det nödvändigt att först fastställa om sökandena vid den nationella domstolen har rätt att göra gällande fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster. Enligt min uppfattning har de det inte.

43. Det framgår klart av bland annat domen i målet Alpine Investments att "[r]ätten att fritt tillhandahålla tjänster kan ... åberopas av ett företag gentemot den stat i vilken det är etablerat, om tjänsterna tillhandahålls mottagare etablerade i en annan medlemsstat". [64] Denna uppfattning är på intet vis oförenlig med domstolens uttalande i domen i målet Gebhard, att "bestämmelserna om tjänster endast kan tillämpas såvida bestämmelserna i fråga om etableringsrätt inte är tillämpliga". [65] Det senare uttalandet, som motsvarar vad jag har uttryckt i punkt 22 i detta förslag, anger att ett företag som anses vara etablerat i en annan medlemsstat än den stat där det har sitt ursprung inte samtidigt kan

64 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments (REG 1995, s. I-1141), punkt 30. Se även dom av den 13 december 1989 i mål C-49/89, Corsica Ferries France (Rec. 1989, s. I-4441), punkterna 10 och 11, av den 17 maj 1994 i mål C-18/93, Corsica Ferries Italia (Rec. 1994, s. I-1783), punkt 30, av den 14 juli 1994 i mål C-379/92, Peralta (Rec. 1994, s. I-3453), punkt 48, och av den 5 oktober 1994 i mål C-381/93, kommissionen mot Frankrike (Rec. 1994, s. I-5145), punkt 14.

65 — Se punkt 22 i dom i målet Gebhard (ovan fotnot 24).

anses tillhandahålla tjänster i denna stat. Företaget kan dock från denna stat tillhandahålla tjänster i en tredje medlemsstat (eller till och med i ursprungsstaten), eller åt personer som bor i den tredje staten eller i ursprungsstaten, varvid artiklarna 59 och 60 är tillämpliga.

44. Jag anser ändå inte att sökandenas verksamhet består i att tillhandahålla tjänster åt personer som är etablerade i andra medlemsstater än Italien. Sökandena i målet vid den nationella domstolen har uppgivit att två procent av deras gäster är medborgare i andra medlemsstater än Italien, vilka i regel vistas på hemmen under perioder på två till tre år, medan cirka tio procent av de förfrågningar som tas emot varje år kommer från personer som bor i andra medlemsstater. De har anfört att de tillhandahåller tjänster som är likvärdiga med hotelltjänster och att personer som bor i andra medlemsstater enligt gemenskapsrätten har rätt att resa till Italien för att åtnjuta dessa tjänster. [66] Jag finner inte denna analogi övertygande, eftersom gästernas vistelse på sökandenas hem i regel varar betydligt längre än en hotellvistelse.

66 — Dom av den 31 januari 1984 i förenade målen 286/82 och 26/83, Luisi och Carbone (Rec. 1984, s. 377), punkt 10.

45. Domstolen har i domen i målet Debauve m. fl. [67] förklarat att "fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster inte är tillämpliga på verksamheter som till alla väsentliga delar är begränsade till en enda medlemsstat". [68] I domen i målet Steymann [69] fastslog domstolen att "det följer av själva lydelsen av artikel 60 att en verksamhet som utövas permanent, eller i varje fall utan en förutsebar begränsning i tiden, inte skall omfattas av gemenskapsbestämmelserna om tillhandahållande av tjänster. Å andra sidan kan sådan verksamhet, beroende på omständigheterna, omfattas av tillämpningsområdet för artikel 48—51 eller artikel 52—58 i fördraget". Sammanfattningsvis fann domstolen att "artiklarna 59 och 60 i fördraget inte avser det förhållandet att en medborgare i en medlemsstat beger sig till en annan medlemsstat och förlägger sitt huvudsakliga hemvist där för att utföra eller *få en tjänst utförd* under obestämd tid". [70]

46. Jag ser inget skäl att avvika från denna rättspraxis. Den återspeglar för det första lydelsen av artikel 59 i fördraget, i vilken det hänvisas till personer som tillhandahåller tjänster och som har "etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten". Undantag från detta uttryckliga krav är endast tillåtna i den mån som verk-

67 — Dom av den 18 mars 1980 i mål 52/79, Debauve m. fl. (Rec. 1980, s. 833).

68 — Punkt 9 i domen. Se även dom av den 26 februari 1991 i mål C-154/89, kommissionen mot Frankrike (Rec. 1991, s. I-659), punkt 9. Generaladvokaten Lenz har förklarat, i punkt 14 i förslaget till avgörande i ovannämnda målet Cowan, att "det enda villkoret är att den person som tillhandahåller tjänster och mottagaren av dessa tjänster inte bor på samma plats".

69 — Dom av den 5 oktober 1988 i mål 196/87, Steymann (Rec. 1988, s. 6159), punkt 16.

70 — Punkt 17 i domen, vilken punkt återkommer i domslutet, min kursivering.

samheten inte till alla väsentliga delar är begränsad till en enda medlemsstat. [71] Därmed bevaras inslaget av "gränsöverskridande 'handel' med produkter som inte kan beteckna som 'varor'". [72]

47. Det skulle dessutom strida mot det faktum att fördragets kapitel om tjänster är underordnat kapitlen om arbetstagare och etableringsrätt, vilket framgår av artikel 60, om personer som utnyttjat sin rätt till fri rörlighet fortfarande kunde behandlas som mottagare av tjänster i den medlemsstat som de har flyttat till. Det är riktigt att medborgare i en medlemsstat som permanent eller på obestämd tid flyttar till en annan medlemsstat, men som inte är ekonomiskt verksamma (vilket högst sannolikt är fallet med de personer som bor på sökandenas hem), inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 48—51 eller artikel 52—58 i fördraget. Även om generaladvokaten Lenz i målet kommissionen mot Frankrike [73] har anmärkt att luckor i gemenskapsrätten måste undvikas, vore det ändå orimligt att behandla sådana personer som mottagare av tjänster när arbetstagare och egenföretagare som permanent eller på obestämd tid har bosatt sig i medlemsstaten i fråga inte behandlas på samma sätt. [74] Rätten för permanent bosatta att i egenskap av mottagare av tjänster kunna förlita sig på bestämmelserna om tjänster i fördraget skulle annars variera beroende på om personen i fråga utövade ekonomisk verksamhet, och kunde därmed variera under tidens lopp, och det i fråga om vilken enskild person som helst.

48. I begreppet tjänster, i den mening som avses i fördraget, ingår därför att tjänstemottagarnas vistelse i en annan medlemsstat varar tillfälligt eller på viss tid, och inte permanent eller på obestämd tid. [75] Av praktiska

71 — Dom i mål C-154/89, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 68), punkterna 7 och 10.

72 — Denna vida definition av begreppet tjänster föreslogs av generaladvokaten Lenz i punkt 13 i förslaget till avgörande i målet Cowan (ovan fotnot 39), och i punkt 17 i förslaget till avgörande i mål C-154/89, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 68).

73 — Dom i mål C-154/89, kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 68), punkt 19 i förslaget till avgörande.

74 — En person som inte längre är ekonomiskt verksam kan ändå bosätta sig varaktigt i en annan medlemsstat än den där han är medborgare, om han uppfyller de förutsättningar som föreskrivs i rådets direktiv 90/364/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning (EGT L 180, s. 26), eller i rådets direktiv 90/365/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma (EGT L 180, s. 28). En rätt till bosättning för unionsmedborgarna har sedan dess inrättats genom artikel 8a i fördraget, vilken har införts genom fördraget om Europeiska unionen.

75 — Enligt artikel 4.2 i rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973, om avskaffandet av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster, är medlemsstaterna skyldiga att utfärda ett uppehållstillstånd som styrker rätten till bosättning för personer som tillhandahåller eller mottar tjänster under en tid som överstiger tre månader. Detta krav visar att den tid under vilken en tjänstemottagare vistas i en medlemsstat inte behöver vara obetydlig, men ändrar inte slutsatsen i detta förslag till avgörande, att vistelsen fortfarande skall vara av tillfällig natur eller omfatta en viss tid, om den skall omfattas av fördragets bestämmelser om tjänster. Se även artikel 1 i rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (EGT 56, 1964, s. 850, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå).

skäl kan detta, åtminstone under förevarande omständigheter, bara bedömas med hänsyn till den erbjudna "produktens" natur. I förevarande fall är verksamheten till alla väsentliga delar begränsad till Italien. Det enda gränsöverskridande inslaget är att vissa av de potentiella gästerna kan vara medborgare i en annan stat än Italien. En person som flyttar från en medlemsstat till en annan för att dra sig tillbaka till ett hem för äldre kan från början antas göra så permanent eller på obestämd tid, även om han senare ångrar sig och flyttar tillbaka till den stat där han har sitt ursprung. [76] Detta resonemang är särskilt övertygande när fördragets bestämmelser om tjänster åberopas av den person som tillhandahåller den förmenta tjänsten och som erbjuder denna åt alla och envar och inte visar att det redan på förhand finns en bestämd mottagare, [77] snarare än när de åberopas av en särskild mottagare som i sitt eget fall kan lämna bevisning för att han endast planerar en tillfällig vistelse. Vid sammanträdet har sökandena vid den nationella domstolen nämnt en medborgare från en annan medlemsstat än Italien som i enlighet med sin uttryckliga avsikt hade vistats tillfälligt på ett av deras hem i Lombardiet för konvalescens efter ett kirurgiskt ingrepp. Bevisningen anger dock att sökandena huvudsakligen erbjuder boende åt äldre personer på obestämd tid eller permanent. Jag anser det olämpligt att utvidga omfattningen av denna bedömning genom hänvisning till sådana enstaka fall som det nyssnämnda, som den nationella domstolen inte har behandlat i beslutet om hänskjutande.

49. Jag drar slutsatsen att sökandena i målet vid den nationella domstolen inte har rätt att göra gällande fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster.

E — *Den femte frågan*

50. Enligt artiklarna 85 och 86 jämförda med artikel 5 i fördraget är medlemsstaterna skyldiga att avstå från att vidta eller vidmakthålla åtgärder, även sådana av lagstiftningskaraktär, som kan eliminera den ändamålsenliga verkan av de konkurrensregler som tillämpas på företag. [78] Det finns ingenting i beslutet om hänskjutande som visar att de offentliga bolag och bolag utan vinstsyfte som har ingått avtal med USSL för att driva hem för äldre i regionen Lombardiet skulle ha slutit konkurrensbegränsande avtal eller deltagit i

76 — Detta överensstämmer med den ståndpunkt som generaladvokaten Lenz uttryckte i punkterna 28 och 29 i sitt förslag till avgörande i målet Cowan (ovan fotnot 39), i vilken han förordade en ex ante-lösning, enligt vilken tjänstemottagarens ställning bestäms vid resans begynnelse, framför en ex post-lösning som bygger på vilka tjänster som faktiskt har mottagits.

77 — Se dom i målet Alpine Investments (ovan fotnot 64), punkt 19.

78 — Dom av den 17 oktober 1995 i förenade målen C-140/94, C-141/94 och C-142/94, DIP m. fl. (REG 1995, s. I-3257), punkt 14. Beträffande artikel 85 i fördraget, se även dom av den 21 september 1988 i mål 267/86, Van Eycke (Rec. 1988, s. 4769), punkt 16, av den 17 november 1993 i mål C-185/91, Reiff (Rec. 1993, s. I-5801), punkt 14 och av den 9 juni 1994 i mål C-153/93, Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft (Rec. 1994, s. I-2517), punkt 14; se beträffande artikel 86 i fördraget dom av den 16 november 1977 i mål 13/77, GB-Inno-BM (Rec. 1977, s. 2115), punkt 31.

samordnade förfaranden i strid med artikel 85 i fördraget, eller som gör det möjligt att dra slutsatser om förekomsten av sådana avtal eller förfaranden utifrån de regler som är i fråga i detta mål. [79] Det kan därför inte göras gällande att regionen Lombardiet har påbjudit eller uppmuntrat sådana avtal eller förfaranden eller har förstärkt deras verkningar. Det finns heller ingenting som tyder på att regionen skulle ha fråntagit sina egna bestämmelser deras lagstiftningskaraktär genom att delegera sin befogenhet att fatta offentligrättsliga beslut till privata näringsidkare. [80] Vad beträffar artikel 86 har det aldrig påståtts att något av företagen skulle inneha en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden. [81]

51. Domstolen har angivit att den enda omständigheten att det skapas en dominerande ställning genom att en medlemsstat beviljar ett företag särskilda eller exklusiva rättigheter, i den mening som avses i artikel 90.1 i fördraget, inte i sig gör beviljandet oförenligt med artikel 86 i fördraget. [82] Den blotta förekomsten av ett monopol kan dock utgöra missbruk av dominerande ställning, om det är uppenbart att det företag som har beviljats denna exklusiva rättighet inte kan tillgodose efterfrågan på den relevanta marknaden, till nackdel för dem som önskar utnyttja tjänsten i fråga. [83] Även om rätten att ingå avtal med USSL i regionen Lombardiet kunde anses utgöra en särskild rättighet i den mening som avses i artikel 90.1 i fördraget, har det i förevarande mål inte visats att omständigheterna är sådana att missbruk skall anses föreligga. I ett socialt trygghetssystem kan det faktum att de försäkringsanslutna hemmen utnyttjas till full kapacitet samt att det förekommer väntelistor i vissa områden helt enkelt förklaras av kravet på gränser för de offentliga utgifterna snarare än av ett misslyckande att tillfredsställa efterfrågan på marknaden (i den mån detta begrepp alls har någon mening i fråga om tjänster som finansieras med allmänna medel). Det förefaller råda fri konkurrens på den lilla del av marknaden för äldreboende där socialvård av hälsovårdskaraktär inte finansieras med allmänna medel, varför eventuell ytterligare efterfrågan kan tillfredsställas med hjälp av privata medel.

52. Jag drar slutsatsen att de omständigheter som beskrivs i den femte frågan inte utgör en överträdelse av artiklarna 3 g, 5, 85, 86 eller 90 i fördraget.

79 — Domarna i målen Reiff (ovan fotnot 78), punkt 15, och Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (ovan fotnot 78), punkt 15.

80 — Domarna i målen Van Eycke (ovan fotnot 78), punkt 16, Reiff (ovan fotnot 78), punkt 14, och Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (ovan fotnot 78), punkt 14.

81 — För att det skall anses förekomma en kollektiv dominerande ställning krävs det, enligt domstolens dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m. fl. (Rec. 1994, s. I-1477), punkt 40, och dom i ovannämnda målet DIP m. fl., att de berörda företagen är så nära kopplade till varandra att de kan föra samma handlingslinje på marknaden. Det har inte visats att så skulle vara fallet i förevarande mål. Domstolen har i punkt 27 i domen i målet DIP m. fl. förklarat att en kollektiv dominerande ställning kännetecknas av att näringsidkarna inte konkurrerar med varandra. Det har inte visats att så skulle vara fallet med de försäkringsanslutna hemmen i regionen Lombardiet.

82 — Dom av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM (Rec. 1985, s. 3261), punkt 17, och dom i målet Höfner och Elser (ovan fotnot 28), punkt 29.

83 — Dom i målet Höfner och Elser (ovan fotnot 28), punkterna 30 och 31.

53. Mot bakgrund av vad som ovan har anförts föreslår jag att domstolen lämnar följande svar:

1) Medlemsstaterna är inte skyldiga att ange skälen till varför de antar allmängiltiga rättsakter, även om dessa rättsakter skulle kunna påverka utövandet av rättigheter som följer av gemenskapsrätten.

2) En nationell bestämmelse, enligt vilken det är förbehållet privata organ utan vinstsyfte att med de lokala myndigheter som handlägger frågor om social trygghet ingå avtal om tillhandahållande av socialvård av hälsovårdskaraktär som finansieras med allmänna medel, utgör en indirekt diskriminering på grund av nationalitet och medför därmed en begränsning av etableringsfriheten, när det är mycket sannolikt att dessa organ utan vinstsyfte är etablerade i medlemsstaten i fråga.

3) Sökandena i målet vid den nationella domstolen kan inte åberopa bestämmelserna i fördraget om frihet att tillhandahålla tjänster.

4) Den nationella lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen strider inte mot artiklarna 3 g, 5, 85, 86 eller 90 i fördraget.